

> Como a história da escravidão pode ajudar a formar uma teoria brasileira do direito?

> How can the history of slavery inform a Brazilian theory of law?

por Paulo Henrique Rodrigues Pereira

Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador visitante da Faculty of Arts and Sciences de Harvard e do Afro-Latin American Research Institute também de Harvard. É aluno 2020 do Mark Claster Mamolen Dissertation Workshop. paulohrpereira@usp.br. ORCID: 0000-0002-9837-403X.

Resumo

O direito brasileiro foi articulado em torno das categorias clássicas do liberalismo europeu. Para além do debate da compatibilidade entre liberalismo e escravidão, esse artigo pretende demonstrar como a necessidade de preservar uma escravidão semilegal constituiu institucionalidades que fizeram com que o direito brasileiro operasse problematicamente sob o registro da tradição liberal, mesmo em relação aos seus cidadãos livres. Isso não foi um “erro” do direito, uma falha, mas foi antes uma ação inteligível dos arquitetos das formas e modos de funcionamento da juridicidade nacional. Nesse sentido, esse artigo pretende apontar para a necessidade de construção de uma teoria brasileira do direito que dê conta de compreender as particularidades de um sistema jurídico profundamente afetado pelo escravismo do século XIX.

Palavras-chave: História do Direito. Teoria do Direito Brasileiro. Direito da Escravidão.

Abstract

Brazilian Law was crafted around the classical categories of European liberalism. Beyond the debate regarding the compatibility between liberalism and slavery, this paper intends to show how the need to preserve a semi-legal slavery system created illegalities that highlighted the contradictions between Brazilian Law and the liberal tradition. The resulting tensions also created consequences for free citizens, which are the focus of this paper. It demonstrates that these consequences were not mere legal defeasibility, but rather an intelligible action shaping the national legal system. The article advocates for the necessity to build a Brazilian theory of Law that takes these aspects into consideration, accounting for the systematic impact of 19th-century slavery on the idea of legality in Brazil.

Keywords: Legal History. Brazilian Theory of Law. Slavery Law.

> Artigo recebido em 09.04.2021 e aceito em 10.05.2021.

1. Introdução

Institucionalmente, a América Latina foi constituída sob uma contradição fundamental. Como se organizar um modelo liberal de cidadania em uma sociedade de escravos? Muito já se discutiu sobre isso, e não são poucos os trabalhos que demonstram a coexistência bastante harmoniosa entre liberalismo – político ou jurídico – e escravidão.¹ Esse artigo retoma a essa mesma temática de forma diferente, sem analisar a relação entre o direito liberal e a escravidão propriamente dita. Pretende, antes, analisar como a particularidade da escravidão brasileira impactou a aplicação do direito nas suas relações universais com cidadãos livres, construindo formas de funcionamento muito específicas.

É verdade que a escravidão é figura presente nos principais eixos de formação do direito ocidental, não importando se europeu ou americano. Ocorre que a peculiaridade da escravidão no continente americano, agigantada na sua presença social, teve que enfrentar problemas jurídicos muito próprios. Em primeiro lugar, porque a modernidade da sua instituição não podia permitir, em alguns lugares, a fruição de direitos que já haviam sido estabelecidos no legado clássico – alforrias, casamentos, etc. Depois, porque as legislações de restrição do tráfico e da escravidão, nacionais ou internacionais, foram se avolumando a partir da segunda metade do século XVIII, e a acossaram, obrigando-a a sobreviver em uma intrincada rede de ilegalidades.

Esse texto argumenta que para enfrentar esse problema fundamental se desenvolveram formas de operação das categorias jurídicas que são próprias da realidade local. Se falará do Brasil nesse texto, mas muito provavelmente parte dessas ideias poderia ser apropriada para a realidade latino-americana. O núcleo central do direito burguês liberal europeu de que existem direitos subjetivos e objetivos regulados exclusivamente pela lei a partir de um paradigma de igualdade – lei aplicada igualmente a todos, sem distinção de qualquer natureza,

¹ Rafael de Bivar Marquese, *Entre a escrita e prática: direito e escravidão no Brasil e em Cuba c. 1760-187*, 2015; Mariana Armond Dias Paes, *Sujeitos da história, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888)*, 2014.

cuja interpretação da regra deve seguir um parâmetro de segurança, não se aplica com facilidade à realidade brasileira.

Não se pretende analisar propriamente a instituição escravista. Esse breve artigo a aceitará – apenas para construção do argumento, sem nenhuma crença nessa hipótese – como um fato jurídico lícito e válido, nos limites previstos na lei. Ocorre que a prática daquela sociedade não se contentou com a escravidão legal, e teve que construir sistemas para expandi-la para limites não permitidos pelo direito. Assim, o argumento desenvolvido aqui tentará demonstrar que a construção de institucionalidades voltadas para dar sobrevida a uma instituição semilegal como a da escravidão do século XIX – período justamente de organização das sistemáticas jurídicas nacionais – desnaturou o direito de tal forma, que parte das categorias jurídicas mais comuns no liberalismo europeu não fazem sentido na realidade brasileira, ou fazem precariamente. Mais do que isso, pretende-se demonstrar que tais questões não são problemas, ou erros do direito,² são antes formulações dotadas de inteligibilidade na formação de um sistema que precisa parecer liberal, sem deixar de garantir que o seu funcionamento contrarie tal premissa. Ideia fora do lugar,³ essa estratégia foi forma de legitimar retoricamente as novas institucionalidades nacionais, criando mecanismos efetivos para que tais promessas fossem subvertidas na realidade de boa parte dos seus cidadãos.

Ainda que se parta da premissa de que os escravizados não eram sujeitos de direito – hipótese que se discutirá adiante – a operação de um direito preocupado em estender a escravidão para além da sua possibilidade legal afetou completamente o sistema jurídico brasileiro. Constituiu-se um direito apto a (i) aplicar respostas diferentes a cidadãos diferentes a partir de uma mesma regra jurídica; (ii) relativizar a divisão entre direito subjetivo e objetivo; e (iii) criar sistemas de insegurança que permitiram diversas modulações sobre as mesmas

² H. L. A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, 1948, p. 171-194.

³ Aqui, aludimos ao conceito do Prof. Schwarz sobre a recepção e prática das ideias e instituições europeias em sistema avesso ou estranho a elas. Vide Robert Schwarz, *Ao vencedor as batatas*, 1992.

regras, a partir dos seus contextos de uso. Tem-se aqui o contrário das propostas do liberalismo jurídico.

Essas chagas centrais da formação da legalidade ficaram vivas na experiência do direito, e podem ser sentidas até hoje. Por isso, pretende-se dizer que algumas das categorias teóricas basilares construídas para a compreensão do direito no espaço brasileiro precisam passar por uma reforma de compreensão. Uma teoria brasileira do direito precisa dar conta das realidades operativas de uma prática jurídica profundamente marcada pela sua genealogia institucional, no seu contato com a escravidão.

Assim, este breve texto irá (i) analisar os discursos sobre a formação das concepções sobre o direito no Brasil, para demonstrar como as categorias utilizadas para se pensar o direito no começo do XIX eram correspondentes com às do liberalismo europeu; (ii) depois, com alguns exemplos, se buscará demonstrar como se organizaram as condições de operação da juridicidade nacional, no sentido de subverter boa parte das categorias arrogadas como próprias do sistema; (iii) por fim, se passará à conclusão.

2. O liberalismo nos trópicos: “Toda a alma grande e generosa olha para a escravidão como um dos maiores males”⁴

Os cursos jurídicos foram organizados no Brasil em 1827.⁵ Nesse mesmo ano, por nomeação do Imperador, escolheu-se o professor que preferiria a aula inaugural da Faculdade de Direito de São Paulo, José Maria Avellar Brotero. Seria professor de Direito Natural, Direito Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia. O professor Brotero foi o responsável pela cadeira até o ano de 1871, quando se aposentou. Nesse meio tempo, foi

⁴ José Maria Avellar Brotero, *Princípios de Direito Natural Compilados*, 1827, p. 215.

⁵ Poderiam ser várias as fontes a se utilizar para uma breve composição do que era o pensamento sobre o direito brasileiro na formação do Estado nacional: falas políticas, despachos ministeriais, livros de doutrina, ou mesmo as atas do Instituto dos Advogados do Brasil, importante organismo de uniformização do direito brasileiro. Escolheu-se o discurso acadêmico, por simbolizar o estado da teoria do direito no país, no recorte analisado.

Conselheiro do Império, talvez o mais importante cargo da política nacional.⁶ Provavelmente, boa parte da elite da burocracia brasileira aprendeu sobre as razões universais do Direito e a Constituição do Brasil nas suas aulas.⁷

Na obra em que reuniu as suas lições sobre o direito natural, de 1827, o Professor Brotero enfrentou todas as categorias importantes às teorias jurídicas de então. Definiu direito como aquilo que é conveniente e bom por aptidão “da razão em conformar as suas ações com a determinação, ou a proibição da lei”, entendendo que a obrigação no sentido jurídico era “a que nos liga a fazer ou deixar de fazer qualquer ação; a determinação da lei, que nos mostra a norma deliberativa, ou coibitiva”⁸.

Na linguagem mecanicista do começo do século XIX – na tentativa de aproximar o direito das ciências exatas, os paralelos entre a lei jurídica e as leis da natureza são vastos –, o texto apresenta as suas definições de lei, dizendo que haveriam quatro condições essenciais para a ativação da legalidade: a lei deveria ser ditada por autoridade competente, ter disposição expressa – ou seja, deixar clara qual a obrigação necessária –, ter previsibilidade quanto ao *mal* consequente do seu não cumprimento – sanção – e ser suficientemente promulgada, exigindo que os seus obrigados tivessem condições razoáveis de conhecê-la.⁹

As leis precisariam ser objetivas, compreensíveis. Existiria um princípio para guardar a estabilidade nas obrigações. Seria necessário “não haver descuido em instruir exatamente a nossa razão, sobre a vontade do legislador, e sobre a

⁶ José Maria Avellar Brotero, *A Filosofia do Direito Constitucional*, 2007, p. 9-10.

⁷ Os compêndios dos professores eram submetidos ao Parlamento, para aprovação sobre o seu conteúdo. O conselheiro Brotero teve sua obra sobre Filosofia do Direito, utilizada nesse artigo, barrada nessa análise, supostamente por ser malfeita. Existem divergências sobre as razões do seu banimento. Para Miguel Reale, professor Catedrático de Filosofia da Faculdade de São Paulo no século XX, a obra também pode ter sido vetada por apresentar um liberalismo demasiado à elite imperial. Para efeitos pretendidos neste artigo, ter um exemplo do que se ensinava sobre teoria geral do direito na época, parece que tal divergência não impede o uso do documento, considerando que o Conselheiro foi professor da cadeira por quase 50 anos. Para mais informações sobre o incidente, vide texto de Miguel Reale, “Avelar Brotero, ou a ideologia sob as Arcadas”, 1955.

⁸ José Maria Avellar Brotero, *Princípios de Direito Natural Compilados*, 1827, p. 13-14.

⁹ *Ibidem*, p. 15-16.

disposição da Lei, a fim de se ter justas ideias do que é proibido”¹⁰. Seria uma espécie de princípio de segurança jurídica, que conferiria possibilidade de consciência das regras a serem submetidas aos cidadãos.

O compêndio enfrenta uma longa discussão sobre os estados do homem, para organizar a relação do sujeito do direito com as suas obrigações. As condições sociais do homem - pai, marido, sócio – alterariam as suas relações com os estados que despertam diversas cadeias de juridicidade.¹¹ Depois, ao dividir as leis, entre divinas e humanas, ele diz que as leis poderiam se aplicar diferentemente a cada estado, mas jamais poderiam diferenciar homens no mesmo estado.

Diz Brotero que “no direito natural existem leis universais, e existem leis particulares, porém leis singulares jamais podem existir”. Depois completa, demonstrando que o tal sentido particular, proibido na sua compreensão, era aquele que conectava um ente a uma obrigação de modo que “no sentido particular debaixo do vocabulário, ente moral, existem todos os outros entes, de que se compõe o mesmo estado, e o vocábulo singular denota simplicidade e existência e um só ente”. No seu exemplo, se a lei dá um direito a um “Pai de família” essa faculdade deve se estender necessariamente a todos os homens em iguais circunstâncias¹².

Com o rebuscado estilo dos juristas brasileiros, ele está demonstrando o princípio da igualdade, tratado com mais objetividade nas lições adiantadas do trabalho. Lá, o professor diz expressamente que os homens seriam todos iguais pela natureza, embora existissem diversas interpretações – algumas más, segundo ele – que tentassem subverter esse axioma. Defende que existem certas diferenças naturais, citando expressamente a cor, embora diga que tais diferenças não afetariam as qualidades morais dos sujeitos. O professor, portanto, não está excluindo os pretos, africanos e brasileiros, de serem capazes de se enquadrarem como sujeitos, e, a partir dos seus estados, possuírem direitos regulares.

¹⁰ *Ibidem*, p. 86.

¹¹ *Ibidem*, p. 44.

¹² *Ibidem*, p. 53.

Sem se perder muito tempo nessa discussão, é importante fixar a questão central. Ser escravo – ele não diz isso, mas está implícito – é um estado do homem. Assim, poderia se fazer regras sobre escravos e regras sobre pessoas livres de forma diferente, pois se está tratando de qualificações diferentes de homens iguais. Por isso, esse trabalho não discute a relação categórica entre escravidão e liberalismo – pacificamente harmônicas. O que não se poderia fazer são regras diferentes para homens livres, brancos e pretos, por exemplo. Pessoas não escravizadas deveriam estar sujeitos às exatas mesmas funções da legalidade.

Esse princípio da igualdade está no capítulo quarto do compêndio que trata “*Dos Direitos do Homem*”¹³. Naturalmente, o primeiro deles é a liberdade. Ensinava Avellar Brotero que “os direitos sagrados do homem, e que formam a sua essência, são Liberdade, Igualdade, Propriedade e Segurança”. Para ele, “sendo esses de natureza tal, que não existindo um não existem os outros: o homem sem liberdade não tem igualdade; sem igualdade não tem liberdade etc”. A escravidão,¹⁴ que ele atacaria diretamente em seguida, é tratada de forma oblíqua aqui, ao dizer que alguns tratam a propriedade como substituta do estado – que ele definira acima – e com isso “faz nascer o absurdo de se dizer, que se pode alienar os direitos sagrados do homem”¹⁵.

De certa forma, é possível achar que o compêndio do Professor Brotero era avançado demais para a época, e o fato de que suas obras tenham sofrido oposição do parlamento confirma tal impressão. Além disso, o documento é de 1827, momento que, para alguns, antecede uma nova onda de fortalecimento da escravidão.¹⁶ A pertinência para a discussão travada aqui não é essa: o que se quer demonstrar é a absoluta adequação entre os discursos fundacionais sobre o

¹³ *Ibidem*, p. 239-240.

¹⁴ Vale, de qualquer forma, também ver o seu ataque direto à escravidão. Na lição intitulada “*a escravidão é o maior de todos os males*”, ele diz que não era de se admirar que o amor da liberdade tivesse tanta força, e tanto poder sobre o homem. Toda alma grande e generosa olharia “*para a escravidão como um dos maiores males*”, a tratando como uma baixeza, uma corrupção. Pareceria “*repugnante à espécie humana, que*” houvesse “*homem tao degenerado que possa perder o sentimento da liberdade e a dignidade*” do Ser. Termina dizendo que os homens podem obedecer em silêncio um déspota, mas se revoltam o tempo todo, e que quando puderem “*sacudir o seu jugo*” assim o fariam. José Maria Avellar Brotero, *Princípios de Direito Natural Compilados*, 1827, p. 215.

¹⁵ José Maria Avellar Brotero, *Princípios de Direito Natural Compilados*, 1827, p. 210-211.

¹⁶ Dale W. Tomich, *Pelo prisma da escravidão*, 2011.

direito brasileiro e as teorias liberais do direito burguês europeu. Todas as categorias modernas do direito estão presentes no pensamento do professor Brotero: legalidade, liberdade, igualdade, segurança jurídica e, sobretudo, a estabilidade da noção de direito subjetivo.

Mais do que isso, o professor Brotero não é mais um importante jurista do Império do Brasil, dentre vários. Ele é o professor responsável pela aula inaugural dos cursos fundantes do pensamento jurídico nacional, escolhido pelo próprio Imperador para a docência da cadeira de ingresso do estudante de Direito: direito natural. Como visto, a exerceu por quase 50 anos. Foi Conselheiro de Estado. Não é mais um jurista publicando artigos: a sua fala é revestida de oficialidade.

3. O Liberalismo tropical: “Não convém que se profira um julgamento contra a lei, mas convém evitar um julgamento em prejuízo e com perigo desses interesses”¹⁷

Este item do presente artigo discutirá três experiências importantes na juridicidade do século XIX brasileiro. O tratamento dado à lei de 1831 pelas autoridades nacionais; depois, em um plano mais geral, a situação dos pretos pobres e dos africanos livres no país; bem como a situação da matrícula na Lei do Ventre Livre. Todos esses exemplos demonstrarão a precariedade da divisão entre sujeito e objeto do direito no século XIX para uma parcela relevante da sociedade, bem como a ambiguidade exercida pelo comando da lei no plano da fruição de direitos no Brasil.¹⁸

Referido constantemente como símbolo das relações entre direito e escravidão no Brasil, o trecho escolhido para o título acima foi extraído de um Ofício do então Ministro da Justiça sobre uma decisão de um juiz de direito no Estado de São Paulo. O caso era simples: analisando a situação de um homem negro, pretensamente escravo fugido, um juiz de direito concluiu que a

¹⁷Joaquim Nabuco, *Um Estadista do Império*, 1975, p. 206-207.

¹⁸Mariana Armond Dias Paes, *Sujeitos da história, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888)*, 2014.

reclamação do seu senhor não era procedente. Isso porque ele pode perceber que o sujeito havia entrado no Brasil posteriormente à proibição do tráfico ocorrida em 1831.

Dizia a lei que qualquer africano embarcado no Brasil após a citada proibição era livre. Supostamente, ele deveria ter sido liberado naquele mesmo momento. Talvez, um juiz muito rígido devesse tê-lo encaminhado ao curador de africanos livres, uma figura específica responsável por “educar” os africanos à liberdade. O juiz, entretanto, foi mais do que rígido, e devolveu o sujeito à delegacia de polícia para averiguação, não o entregando ao seu alegado proprietário. Grosso modo: não fez absolutamente nada. Apenas, com cautela mínima, não o restituiu ao alegado proprietário.

Esse caso ocorreu em Jundiá em julho de 1852. Um único escravizado, que sequer obteve a liberdade, mas que frustrou a expectativa de um único proprietário paulista. Dois meses depois, o assunto estava sendo apreciado pelo Ministro da Justiça do Império do Brasil. Ninguém menos que Nabuco de Araújo, um dos mais importantes políticos imperiais. No seu ofício, escreve:

Deploro com V. Exa. que o juiz de direito por um rigor contrário à utilidade pública e pensamento do governo levasse as coisas ao ponto a que chegaram. Louvo os escrúpulos e hesitação do chefe de polícia e de V.Exa. na colisão que se dá entre a Lei e a prescrição que o governo se impôs com a aprovação geral do país e por princípios de ordem pública e alta política anistiando esse passado cuja liquidação fora difícil, cujo revolvimento fora uma crise. O governo estabeleceu essa prescrição para si e seus agentes e até onde chega a sua ação; nada pode ele em relação ao Poder Judiciário. O império das circunstâncias o obriga, porém, a fazer alguma coisa senão direta, ao menos indiretamente, a bem dos interesses coletivos da sociedade, cuja defesa incumbe ao governo. Não convém que se profira um julgamento contra a lei, mas convém evitar um julgamento em prejuízo e com perigo desses interesses, um julgamento que causaria alarma e exasperação aos proprietários. Está dito o meu pensamento, a execução é de V. Exa¹⁹.

Segundo a Constituição do Império do Brasil, os juízes eram independentes. A mesma Constituição, entretanto, explicava melhor qual era o seu conceito de independência: os juízes eram escolhidos pelo Imperador, que poderia, inclusive, suspendê-los por queixas. Seus cargos eram perpétuos, sem

¹⁹ Joaquim Nabuco, *Um Estadista do Império*, 1975, p. 206-207.

prejuízo de serem mudados para quaisquer lugares pelo tempo e maneira “*que a lei*” determinasse. Além disso, a Constituição dizia que os juízes poderiam ser responsabilizados por abuso de poder. Talvez por esse motivo Nabuco de Araújo, que não poderia acusar o juiz de descumprir a lei, menciona que haveria rigor excessivo, contrário à utilidade pública. Na prática, qualquer uma das punições mencionadas acima seria recomendada ao Imperador e ao Conselho de Estado justamente pelo Ministro da Justiça.

Nabuco finaliza o documento dizendo, quase ironicamente, que a decisão não era dele. O interlocutor deve ter entendido bem o recado.

A lei de 07 de novembro de 1831 foi mais longe do que simplesmente declarar livre – não libertos - qualquer africano trazido após a sua promulgação. O diploma também criminalizou a conduta, dizendo que o importador deveria responder por escravização de pessoa livre – artigo 169 do Código Criminal – com penas e multa. Disse expressamente que se igualariam ao importador, o comandante, mestre e contramestre, o responsável pelo frete, aquele que negociasse o escravizado ilegalmente, bem como o que *comprasse*, e consequentemente *possuísse*, o africano como se escravo fosse (BRASIL, 1831).

Voltando ao caso: o juiz não havia posto em liberdade o africano, supostamente para averiguar melhor a sua condição. As autoridades envolvidas no caso deveriam, por força da legislação criminal, ter aberto procedimento de investigação contra o alegado possuidor de Bento. Logicamente, se estava diante de uma das hipóteses expressas da lei de 1831, que igualava o comprador ao transportador. Isso não passou nem perto de acontecer. Prevaricaram as autoridades, incorrendo em responsabilidade prevista na Constituição. Ainda que se entendesse que o dispositivo da lei de 1831 havia sido revogado pela lei de 1850 (Lei Eusébio de Queiroz), o crime de escravização (Código Criminal) continuava plenamente vigente.

Chama a atenção que apenas um único caso tenha parecido importante o bastante para que o próprio Ministro da Justiça se manifestasse, ainda que em comunicação privada. É razoável, portanto, imaginar que a intolerância à

aplicação da lei de novembro de 1831 era total. Mais do que isso, o Ministro da Justiça elogia expressamente a autoridade policial que, pelo que se pode entender, descumpriu ou dificultou a ordem de um juiz togado. A anarquia institucional premiada.

Há uma longa literatura sobre a lei de 1831, que infelizmente não é possível referir com cuidado neste trabalho. Imagina-se que a lei deve ter sido aplicada no seu começo - segundo estudos mais recentes - tendo virado motivo de pânico à elite brasileira quando a explosão da demanda pelos seus produtos agrícolas fez do escravizado um item fundamental.

O censo de 1872 demonstrou que a população brasileira era de aproximadamente 10 milhões. Cerca de 15% dessa população era escravizada.²⁰ Estima-se que pelo menos 500 mil pessoas foram desembarcadas no Brasil no período do tráfico ilegal, portanto escravizadas ilegalmente.²¹ Imaginando-se o crescimento vegetativo, não seria difícil dizer que talvez metade da população escravizada no Brasil em 1872 – total de cerca de 1,5 milhão de pessoas – deveria ser livre.

Foram muitas as formas e modos utilizados pelo estado imperial para facilitar, viabilizar e proteger a propriedade ilegal sobre centenas de milhares de africanos trazidos ao Brasil após a proibição do tráfico. A organização institucional, centralizada nos gabinetes ministeriais, envolveu uma grande rede de apoio que descia dos altos cargos imperiais às autoridades policiais responsáveis pelos negócios mais cotidianos.

O mesmo parlamento, que há pouco tempo promulgara a lei, fazia o elogio do seu descumprimento. O Marquês de Barbacena falando, em 1837, da quantidade colossal de burlas e fraudes à lei, dando notícia do amplo contrabando de escravizados ilegais, disse que a Assembleia Geral saberia cuidar da sorte dos

²⁰ Brasil, *Censo de 1872*, s/d.

²¹ Robert Conrad, *Os últimos anos da escravatura no Brasil: 1850-1888*, 1978; Keila Grinberg e Beatriz Mamigonian, “Para inglês ver?": Revisitando a Lei de 1831, 2007; Beatriz Mamigonian, *A proibição do tráfico atlântico e a manutenção da escravidão*, 2014; Tâmis Peixoto Parron, *Política do tráfico negro: o Parlamento imperial e a reabertura do comércio de escravos na década de 1830*, 2007; Jaime Rodrigues, *O infame comércio*, 2000.

lavradores: “longe de mim fazer o elogio daqueles que infringiram a lei com pleno conhecimento de causa; mas confesso ingenuamente, que nenhuma infração a lei jamais houve que apresentasse tão plausíveis razões para ser atenuada, se não esquecida”²². As tentativas de supressão, revogação e alteração da lei foram várias, tendo a lei de 1850 criado mecanismos para tentar suavizar a responsabilidade dos proprietários.

Os esforços também abrangeram a execução da Justiça, nos sistemas montados de policiamento. Em *A Força da Escravidão*, Chalhoub demonstra os malabarismos de Eusébio de Queiroz, então chefe de Polícia da Corte, para criar condições para execuções mais convenientes que as da lei discutida. Criaram-se diversas estratégias para se regularizar a alegada propriedade do contrabando de pessoas como alargar o conceito de ladino, expandir os documentos aceitos como provas de propriedade, bem como tratar, como uma presunção legal, o preto como escravo.

Em correspondência oficial com o Ministério da Justiça, o responsável por executar a lei na Corte disse que “sendo o meu dever observar, que não sendo fácil obter provas de escravidão, quando um preto insiste-se livre, esta medida há de produzir necessariamente a soltura de muitos escravos fugidos, por mais cautelas, que se tomem; parecendo-me mais razoável a respeito dos pretos presumir a escravidão”²³. No contexto do ofício, pode-se perceber que nesses casos não existiam proprietários que reclamassem aquelas pessoas. Assim, o africano, ou afrodescendente, sem que absolutamente ninguém o reivindicasse como sua propriedade, ficava presumidamente escravo, embora pudesse ser - como era, em muitos casos – um simples preto, ou preta, pobre, livres.²⁴

O chefe da execução judiciária da Corte do Império do Brasil criara, por disposição prática, uma presunção de escravidão por cor. Assim, qualquer pessoa livre, desde que preto, poderia ser preso, indefinidamente, caso não pudesse

²² Sidney Chalhoub. *A força da escravidão*, 2012, p. 73.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

mostrar prova de liberdade.²⁵ Não importava se nascido livre, se com pais livres, ou se forro. Não importava se cidadão, ou estrangeiro. O direito subjetivo se anulava de acordo com a cor da pele, e a sua transformação em objeto de direito se dava pelo ato administrativo de um policial, ou uma autoridade pública qualquer.

Ainda que tivesse sido escravizado, em casos como esse, o bom direito ordenava a liberdade. Isso porque para aquele que não fosse objeto de procura de nenhum proprietário por tempo razoável se poderia aplicar o instituto do *escravo abandonado*, previsto no Direito Romano, e objeto de resposta à pronúncia do Ministério da Justiça já em 1834, na qual se diz que tendo o senhor abandonado o escravo, nenhum direito lhe caberia, sendo devida a liberdade.

Essa é a precariedade estrutural da liberdade. Na definição do Professor Chalhoub se caracteriza pelas “restrições constitucionais aos direitos políticos dos libertos, a interdição dos senhores à alfabetização de escravos e o acesso diminuto de libertos e negros livres em geral à instrução primária”²⁶. Ainda o professor dizendo que pela “possibilidade de revogação de alforrias, as práticas de escravização ilegal de pessoas livres de cor, a conduta da polícia nas cidades de prender negros livres sob a alegação de suspeição de que fossem escravos fugidos” criavam um ambiente de permanente medo de conversão em escravidão – subtraindo, ao máximo, as faculdades jurídicas de qualquer cidadão, desde que preto ou preta.²⁷

Não era diferente a situação dos africanos livres, de qualquer forma. Legalmente, sujeitos plenos de direito no Brasil – embora não fossem cidadãos, pois estrangeiros – deveriam ter sido reconduzidos às suas terras natais, ou integrados à realidade brasileira. Na prática, foram mão de obra cativa. A burocracia governamental, sem lei que a autorizasse a tanto, os reduziu à condição de objeto de direito, criando sistemas de trabalhos compulsórios, como

²⁵ Existiam várias formas de provar a liberdade, como testemunhas, certidão de batismo, eventual carta de alforria se o sujeito já tivesse sido escravo.

²⁶ Sidney Chalhoub. *A força da escravidão*, 2012.

²⁷ Sidney Chalhoub, *Precariedade estrutural: o problema da liberdade no Brasil escravista* (século XIX), 2010.

forma de os “adaptar” à realidade brasileira. Foram alocados em diversas obras, serviços e atividades públicas. Devendo ser emancipados quando aptos “a viver em liberdade”, na prática, os africanos serviram compulsoriamente ao Estado, e a particulares que obtinham concessões para utilizar a sua força de trabalho.²⁸

Parte desse problema poderia ter sido resolvido com a lei do Ventre Livre, em 1871, que passou a exigir a matrícula dos escravizados, sob pena de extinção da propriedade dos senhores. A lei dava um ano após o seu prazo final para que se procedesse ao registro, sob pena de perda de propriedade, com consequente proclamação de liberdade. A matrícula poderia servir justamente para identificar os escravizados ilegais. Na prática, com os sucessivos adiamentos por parte do Governo, e com a criação de ampla documentação no sentido de perdoar os proprietários que não registrassem seus escravizados – muitos dos quais não foram documentados porque isso levaria a sua identificação como provenientes do período do tráfico ilegal – a matrícula serviu para criar documentos *fríos* de propriedade, quando não serviu a nada.²⁹ Mais uma vez, a burocracia imperial modificava, nas suas regulações infralegais, direitos expressamente previstos na lei.

As fronteiras entre a escravidão e a liberdade, como amplamente demonstrado pelos estudiosos do tema nas últimas décadas, eram abertas para a população preta e parda. A mesma legalidade operava-se de forma diferente para populações diferentes, a partir de cortes de cor, raça, e classe social. O direito liberal, para abranger o instituto escravista, precisava promover a divisão entre livres e escravizados como sujeitos e objeto de direito – na linguagem do manual analisado no item 1, como estados diferentes. Ocorre que a manutenção de um sistema de semi legalidade, como a da escravidão brasileira, não permitiu uma divisão dessa natureza. Na prática, esses campos se misturavam na vida de escravizados e de pretos pobres livres.

²⁸ Beatriz Mamigonian, *Africanos livres*, 2017.

²⁹ Robert Conrad, *Os últimos anos da escravatura no Brasil*, 1978, p. 142 e ss.

3. Conclusão: legalidades a serviço de um pluralismo de coerção.

A sociedade brasileira era predominantemente preta e parda no momento da constituição das institucionalidades jurídicas nacionais – somados alcançavam quase 60% (sessenta por cento) dos brasileiros. Apenas 15% eram escravizados. Juridicamente, portanto, mais de 40% da população total era de pretos e pardos plenamente cidadãos, com capacidades absolutas para serem sujeitos de direito, sem nenhuma restrição formal.³⁰ Percentual superior ao de brancos no país, estimado em cerca de 38%. Estavam – brancos, pardos e pretos – submetidos à exata mesma legalidade, na medida em que o Brasil não instituiu regimes de separação legal. A Constituição promulgada de 1824 declarava cidadãos brasileiros todos os nascidos no país, ingênuos ou libertos.

O Professor Brotero ensinou aos seus alunos as balizas do direito liberal. Aos sujeitos de direito, as obrigações se formariam pela lei, de forma geral e abstrata. Não seriam possíveis divisões avulsas, particulares, como mandava a boa cartilha kantiana. A lei devia ser clara, deixar objetivamente registrado o seu comando, e eventual coação. Em certo sentido, um regime jurídico vigente até hoje na tradição liberal ocidental.

Ocorre que o direito brasileiro não foi montado para funcionar dessa forma. As regras de organização social foram construídas para operar sob um espelho de ambiguidade, agigantadas para uns, e diminuídas para outros. Deixando-se de lado os escravizados legais, admitindo – apenas para a argumentação desse artigo – que tais regras não se aplicariam a eles pois não teriam condição de sujeição jurídica, é possível perceber que a sociedade brasileira foi marcada, institucionalmente, por modelos de diversificação da coerção e da aplicação da legalidade mesmo para os brasileiros plenamente capazes do ponto de vista jurídico. Articulado como um regime universalista para os seus cidadãos, o direito brasileiro funcionou como um mosaico de sistemas de

³⁰ Existem relativizações em matérias de direitos políticos, sobretudo após a promulgação da Lei Saraiva.

privilégios, próprios a operarem distintamente a partir da cor, da raça e da posição social de cada um dos atores por ele atingidos.

Em suma, as categorias do direito liberal funcionaram precariamente no Brasil. Como dito, a construção do direito em uma sociedade marcada pela escravização ilegal criou sistemas diferentes de sanção, um pluralismo de coerção. A prática jurídica criou mecanismos para que a lei não fosse aplicada a determinadas parcelas da população, construindo constrangimentos institucionais de descumprimento da lei (aplicação *infra legal*). Para outras parcelas da sociedade, foram criadas formas de implementação de comandos que não estavam na lei, ampliando suas obrigações e as organizando de forma apenas indiretamente previstas na legalidade (aplicação *supralegal*). Toda essa operação pilotada justamente pelo direito.

Pessoas diferentes, teoricamente presentes na linguagem do Professor Brotero nos mesmos estados de direito, viveram, e ainda vivem, experiências completamente diferentes no contato com as mesmas leis. Tais variações se dão no plano prático, da organização das instituições jurídicas, e podem obedecer a critérios não jurídicos como raça, cor, nacionalidade ou classe social. Quebra-se o vínculo de igualdade na experiência da legalidade mesmo entre pessoas livres, e o comando da lei – princípio da legalidade – tem pouca importância na tratativa do seu império. Isso tudo de forma sistemática e geral. Longe de ser uma *derrota* da regra jurídica, é um sistema de ação, propósito basilar da formação da institucionalidade legal.

Esse processo é agravado pelo fato de que na experiência da escravidão de legalidade precária brasileira, os conceitos de sujeito e objeto do direito se misturam profundamente. Ao contrário do que uma teoria mais tradicional poderia pensar, as barreiras legais entre as pessoas que podem obter direitos e aquelas que podem ser o objeto desse citado direito (escravizados tratados como bens) foram bastante desarticuladas na experiência da legalidade nacional.

O sistema de justiça brasileiro foi montado para apresentar uma aparente civilidade, que pudesse diminuir os profundos impactos morais da monarquia

escravista que comandava o país. Adotava teorias liberais, para servir de diversionismo ao sistema efetivamente montado nas suas instituições. Um modelo de funcionamento pautado na pluralidade de coerção, preocupado e zeloso em aplicar extratos diferentes de legalidade a partir de regras gerais e abstratas supostamente estáveis. Esse é o legado jurídico presente no Brasil, e em boa parte da América Latina, deixado pela construção de um direito em uma sociedade de escravização semi legal.

Os índices sociais e policiais do continente mostram que tal sistema ainda está em pleno funcionamento, no que tange à sua relação com as populações não privilegiadas, especialmente os afrodescendentes. É necessário perceber as limitações de uma teoria liberal que não analisa bem o seu objeto: o direito praticado no Brasil. Sem se entender qual o real papel da lei, dos direitos individuais, e da estabilidade institucional, não se pode compreender bem o direito no espaço brasileiro. Talvez a história da escravidão possa ajudar a construir uma nova teoria do Direito que dê conta de explicar como as instituições jurídicas realmente operam em nossa realidade.

Vale dizer que esse artigo tem importantes limitações. Pautado em casos específicos, talvez não tenha mostrado a natureza sistemática das condições aqui mencionadas, podendo dar a entender que acabou por usar particularismos para formar uma percepção que tem pretensão de ser geral. Além disso, para a perfeita exposição do seu argumento, precisaria demonstrar que, ainda que em grau, esses desvios do caso brasileiro são distintivos frente o liberalismo tradicional. No mesmo sentido, seria importante argumentar que os regimes de diferenciação infra legal organizados nessa *duplicidade de coerção* - como os demonstrados aqui - são diferentes dos de diferenciação legal – regime segregacionista da África do Sul ou do Sul dos Estados Unidos, por exemplo. Por fim, seria necessário dar convincentes exemplos de que tais operações marcaram o Direito nacional, sendo ainda presentes na sua operabilidade dos mais diversos assuntos, tendo extrapolado a história do escravismo no Brasil. Todas essas críticas são válidas. Em parte, o pouco espaço justifica a ausência de algumas respostas. De resto, tais questões ainda necessitam de maior desenvolvimento. Assim, é importante se compreender esse artigo mais como um primeiro passo para o que pode ser um

projeto de pesquisa do que propriamente uma ideia acabada e perfeita sobre o tema.

Referências

AVELLAR BROTERO, José Maria. *Princípios de Direito Natural Compilados*. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1827.

AVELLAR BROTERO, José Maria. *A Filosofia do Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CONRAD, Robert. *Os últimos anos da escravatura no Brasil: 1850-1888*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

CHALHOUB, Sidney. *A força da escravidão*. São Paulo: Cia. das Letras, 2012.

CHALHOUB, Sidney. Precariedade estrutural: o problema da liberdade no Brasil escravista (século XIX). *Revista História Social*, Campinas, n. 19, p. 33-62, 2010.

GRINBERG, Keila; MAMIGONIAN, Beatriz (org). Dossiê – “Para inglês ver?”: Revisitando a Lei de 1831. *Estudos Afro-Asiáticos*, ano 29, n. 1/2/3, jan-dez. 2007.

HART, H. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, v. 49, p. 171-194, 1948,.

MAMIGONIAN, Beatriz. *Africanos livres: a abolição do tráfico de escravos no Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 2017.

MAMIGONIAN, Beatriz. A proibição do tráfico atlântico e a manutenção da escravidão. In: GRINBERG, Keila. SALLES, Ricardo (org.). *O Brasil Imperial: Volume I – 1808-1831*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

MARQUESE, Rafael de Bivar. *Entre a escrita e prática: direito e escravidão no Brasil e em Cuba c. 1760-1871*. 2015. 341f. Tese (Doutorado em História) -

Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.

NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1975.

PAES, Mariana Armond Dias; *Sujeitos da história, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888)*. 2014. 241f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

PARRON, Tâmis Peixoto. Política do tráfico negreiro: o Parlamento imperial e a reabertura do comércio de escravos na década de 1830. *Estudos Afro-Asiáticos*, ano 29, n. 1/2/3, jan-dez. 2007.

REALE, Miguel. Avelar Brotero, ou a ideologia sob as Arcadas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, p. 131-169, 1955.

RODRIGUES, Jaime. *O infame comércio: propostas e experiências no final do tráfico de africanos para o Brasil (1800-1850)*. Campinas, SP: Editora da UNICAMP; CECULT, 2000.

SCHWARZ, Roberto (org.). *Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Duas Cidades. 1992.

TOMIC, Dale W. *Pelo prisma da escravidão: trabalho, capital e economia mundial*. São Paulo: EdUSP, 2011.

Legislação e dados

BRASIL. *Decreto Imperial de 11 de Agosto de 1827*. Brasília: Planalto, [s. d.]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. *Lei de 7 de Novembro de 1831*. Brasília: Câmara dos Deputados, [s. d.]. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. *Atas da Assembleia Constituinte de 1823, Vol. 4*. Brasília: Senado Federal, [s. d.].

BRASIL. *Censo de 1872*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, [s. d.].

Disponível em:

https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv25477_v1_br.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.

Referência para citação deste artigo

PEREIRA, Paulo Henrique Rodrigues. Como a história da escravidão pode ajudar a formar uma teoria brasileira do direito? **Revista PHILIA | Filosofia, Literatura & Arte**, Porto Alegre, volume 3, número 1, p. 272 – 291, maio de 2021.